

## JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ENTRE ATIVISMO E AUTO-CONTENÇÃO

Ana Lucia Pretto Pereira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre o debate entre ativismo e auto-contenção judicial no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, tendo a tensão Constituição/democracia como pano de fundo. Partimos da tomada da Constituição de 1988 enquanto um sistema de normas abertas, abstratas, o que permite sejam feitas distintas interpretações do texto constitucional, bem como, conseqüentemente, oferecidas distintas respostas às demandas em que se discute *o que quer dizer a Constituição*. Em seguida, passamos a uma breve exposição do controle de constitucionalidade no caso brasileiro para, ao final, apontarmos, com base na doutrina nacional e estrangeira, em que termos se dá o debate acerca da legitimidade democrática dos magistrados para exercerem a fiscalização de (in) constitucionalidade dos atos (e omissões) dos poderes constituídos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição constitucional; controle de constitucionalidade; ativismo judicial; auto-contenção judicial.

**ABSTRACT:** This paper concerns the debate related to judicial activism and judicial restraint (self-restraint) in Brazilian constitutional jurisdiction, passing through the tension Constitution/democracy. Firstly, we show the Constitution as an opened norms system, which allows different kinds of interpretation, and also different kinds of answers to the demands on which it is discussed *what the Constitution means*. In the sequence, we expose in a few words how judicial review operates in Brazilian system. Finally, supported on national and foreign doctrine, we show in details the debate concerning the democratic legitimacy of judges to proceed to the judicial review.

**KEY-WORDS:** Constitutional jurisdiction; judicial review; judicial activism; judicial restraint (self-restraint).

### INTRODUÇÃO. QUE QUER DIZER O DIREITO CONSTITUCIONAL?

*Jurisdição*. Do latim, *jurisdictio*, ou, *dizer o direito*.<sup>2</sup> Daí se poder afirmar que *jurisdição constitucional* significa *dizer o direito constitucional, dizer o que a Constituição quer dizer*. Mas, quem diz esse direito constitucional? E mais, o que quer dizer esse direito? Deverá ser feita uma leitura moral, política ou neutra desse direito?

A jurisdição constitucional, no direito brasileiro, fica a encargo dos tribunais, nas ações coletivas e individuais em que se aventa uma determinada questão afeta à Constituição. Os tribunais, diante dos fatos, dizem o direito (*da mihi factum, dabo tibi jus*). Contudo, a

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela UFPR. Mestranda em Direito Constitucional pela mesma Universidade. Bolsista da CAPES. Endereço eletrônico: [analuciapp@uol.com.br](mailto:analuciapp@uol.com.br).

<sup>2</sup> Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituzioni del nuovo processo civile italiano**. Roma: Soc. Ed. del Foro italiano, 1942. “... como as distintas opiniões vêm apoiadas em interesses contrários, na maioria das vezes o juízo não tem validade se não for imperativo. Por conta disso, o juiz não apenas julga, mas também manda; é aquele, em suma, cujo juízo tem a eficácia de um mandato. Essa essência da função se expressa na fórmula *ius dicere*, que é mais do que *dicere rationem*; o substantivo dessa fórmula é *iurisdictio* ou *jurisdição*. A jurisdição é, portanto, a função que se exercita mediante a *declaração das situações jurídicas*.” Tradução livre.

*interpretação* do direito não fica apenas a encargo dos tribunais, e sim de todos aqueles que com ele operam. É desse modo que se dá a construção e renovação diária do nosso sistema jurídico.

Porém, e especificamente no âmbito do direito constitucional, o documento central que é objeto de interpretação – a Constituição –, no caso brasileiro possui normas abstratas e vagas que dão aos seus intérpretes a possibilidade de um sem-número de respostas para um mesmo caso concreto (ou ainda não realizado, daí, abstrato). Nesse passo, é necessário restringir as opções interpretativas, a fim de se alcançar um sistema jurídico harmonioso, justo e coerente.

Mas não é só isso. É necessário, também, que essas opções interpretativas sejam legítimas, tenham um fundamento que as legitime (seja o princípio democrático, seja a concretização da Constituição) a fim de que as decisões judiciais possam lograr imperatividade e o respectivo cumprimento.

Destarte, a crescente demanda ao Poder Judiciário do exame de constitucionalidade das ações e omissões dos poderes constituídos vem exigindo daquele poder um maior esforço interpretativo – e de fundamentação –, que seja capaz de dar conta dos inúmeros litígios ajuizados a cada dia. Aqui, reside o campo fértil da atividade criativa do juiz, e também o campo fértil da discussão entre ativismo e auto-contenção judicial, entre Constituição e democracia.

Num contexto de inefetividade ou efetividade deficiente dos direitos fundamentais, como é o caso brasileiro, o debate entre ativismo e auto-contenção se mostra salutar, sob pena de, por um lado, elastecer-se ilegitimamente o poder jurisdicional; ou, por outro lado, limitar-se sobremaneira o seu dever de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças dos poderes constituídos. Vejamos, pois, como se insere a jurisdição constitucional (o *dizer* constitucional) da nossa Constituição (da Constituição Federal de 1988), dentro do debate entre ativismo e auto-contenção judicial.

## **1. NOTAS SOBRE A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **1.1. A ABERTURA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**

A Constituição Federal brasileira de 1988 possui 250 artigos, dentre os quais muitos contam com extenso rol de incisos, além de parágrafos e alíneas. Por essa razão, nossa Carta

Política é classificada como *analítica*<sup>3</sup>, o que denota, pode-se dizer, preocupação do constituinte originário com eventuais arbitrariedades dos agentes públicos responsáveis pelo cumprimento dos comandos constitucionais. O que é natural em uma carta constitucional cujo nascedouro sucede duas décadas de repressão.

Ocorre que tal desiderato do constituinte não foi suficiente para atender à complexidade das relações sociais que se inovam a cada dia na sociedade brasileira. A coexistência de uma pluralidade de valores (por vezes, de todo contraditórios) dificultam a formação de uma moralidade comum capaz de ser agregada em um punhado de princípios jurídico-constitucionais.<sup>4</sup> Diante disso, é fato que não se pode mais confiar à simples atitude subsuntiva a efetividade da Constituição, o que significa a afirmação de sua *onipresença*.<sup>5</sup>

Demais disso, inobstante o detalhismo por que optou o constituinte originário, há outro impasse interpretativo na Constituição de 1988 e que está estreitamente ligado ao debate ativismo/auto-contenção judicial, que é a *abertura*<sup>6</sup> do texto constitucional. A Constituição formal, por conta de sua própria natureza, além de fixar diretrizes e impor limites, é resultado da positivação de uma ordem de valores que uma determinada sociedade entende ser importante para si. E essa mesma positivação não poderia pretender normatizar cada situação *in concreto*,<sup>7</sup> tanto pela inviabilidade de previsão legal de todas as situações jurídicas futuras, quanto pelo risco de se ter uma carta “dura”, e uma *praxis* estritamente dogmática.

---

<sup>3</sup> A classificação é de BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>4</sup> De acordo com Luís Prieto Sanchís, o constitucionalismo contemporâneo está conduzindo a uma nova teoria do direito – o neoconstitucionalismo -, a qual teria como traços principais: 1) a existência de mais princípios do que regras; 2) onipresença da Constituição em todas as relações jurídicas, desde as mais simples às mais complexas, tomando o lugar das opções legislativas; 3) maior uso da técnica da ponderação, em lugar da subsunção; 4) onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, 5) coexistência de uma pluralidade de valores, muitas vezes contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de princípios e de leis. \_\_\_\_\_, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 131.

<sup>5</sup> A expressão é emprestada de Luis Prieto Sanchís, conforme se vê na nota 2, *supra*.

<sup>6</sup> O conceito de *textura aberta do direito* foi desenvolvido por Herbert L. A. Hart, para quem o direito é formado por “regras gerais”, “padrões gerais de conduta”, funcionando como mecanismo de controle social. Desse modo, a abertura normativa do direito daria ampla margem à discricionariedade judicial. “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, reverlar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão: possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*.” \_\_\_\_\_, **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005, p. 140-141.

<sup>7</sup> Por exemplo, a liberdade de associação, prevista nos incisos XVII e XX, do art. 5º da Constituição Federal. Hoje, há muitas associações para fins comunitários, que fecham ruas, controlam segurança de um bairro,

Nessa linha, é importante destacar o posicionamento de Susanna Pozzolo, que atribui ao período pós-guerra o melhor exemplo do momento de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ocidentais.<sup>8</sup> Isso porque, segundo a autora, as atrocidades decorrentes dos conflitos bélicos fizeram ser reconhecido um grande número de princípios de justiça e de direitos fundamentais, impondo aos Estados tanto o dever de não intervenção na esfera privada dos cidadãos, quanto o de desenvolvimento de políticas positivas em prol da efetividade daqueles direitos fundamentais. Conseqüência disso é que a positivação daqueles valores e princípios se deu por meio de expressões *vagas, elásticas e imprecisas*, dando aos seus intérpretes – no caso, legisladores e julgadores, em sentido estrito – a tarefa de interpretar e aplicar aqueles valores através de uma tomada de posição moral, no intuito de dar-lhes concreção.<sup>9</sup>

Por isso, a abertura do texto da Constituição pode albergar um sem-número de possibilidades fáticas, o que atribui sensível liberdade de interpretação ao julgador, tornando relevante, nessa esteira, o debate acerca de sua legitimidade para *dizer o que quer dizer a Constituição*<sup>10</sup>. Nas palavras de Sérgio Fernando Moro, “há relevante dúvida quanto à capacidade do juiz de oferecer respostas consistentes a todos os desafios interpretativos da Constituição.”<sup>11</sup>

## 1.2. A IMPERATIVIDADE E/OU SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

---

por exemplo. Ocorre que há vizinhos que se recusam a associar-se e não participam do rateio das despesas. Diante disso, as associações ajuízam ações contra o vizinho. Porém, um dos princípios constitucionais brasileiros é a *vedação do enriquecimento ilícito* (no caso, do vizinho que se recusa a associar-se). Nesse caso, poderia o julgador antecipar-se a uma eventual legislação regulamentadora dessa hipótese específica, e decidir o caso? O exemplo foi utilizado por Clèmerson Merlin Clève, em aula do curso de graduação em Direito da UFPR, em 08.05.2007, e bem ilustra a problemática decorrente da imprevisibilidade de todas as situações fáticas a serem discutidas no âmbito jurisdicional.

<sup>8</sup> POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 190.

<sup>9</sup> *Ibidem, idem*. No mesmo sentido, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Carbonell, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 92-92.

<sup>10</sup> A expressão encontra respaldo em Ronald Dworkin, cuja construção teórica – precisamente, a idéia de integridade do direito – buscou justificar a legitimidade da Suprema Corte norte-americana para interpretar a Constituição, através de uma atividade construtiva do juiz, porém, “integrada” ao teor dos precedentes, ao princípio democrático e à realidade social. In: **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>11</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

Outro aspecto conexo à jurisdição constitucional e ao debate que envolve sua legitimidade é o comando constitucional de agir direcionado ao legislador e ao administrador. A Constituição estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e o bem-estar de todos os cidadãos.<sup>12</sup> Paralelamente, não se pode negligenciar o fato de que a efetividade dos direitos fundamentais é a base sólida sobre a qual poderão ser alcançados esses objetivos fundamentais. Pois, sem autonomia (pública e privada), um povo jamais poderá alcançar a sua própria emancipação.<sup>13</sup>

Em razão disso, tem-se que a previsibilidade constitucional dos direitos fundamentais é *prescritiva*, e não meramente *descritiva*. Quer dizer, tratam-se, as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais, de *comandos de agir* aos seus destinatários, no caso, os agentes políticos responsáveis pela sua efetividade.<sup>14</sup> Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, a Constituição diz o *que* deve ser feito. O *como*, fica a critério dos poderes constituídos. A Constituição estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais, que buscam o alcance da igualdade material dos cidadãos, a fim de promover e preservar a dignidade humana, obrigando as autoridades públicas em sua executoriedade.<sup>15</sup> As políticas públicas veicularão o cumprimento dessa normatividade, dentro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, agregada ao compromisso de efetividade dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Art. 3º, incisos I, III e IV.

<sup>13</sup> CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998, p. 91. O autor aponta para “o surgimento de um novo tipo de direito, ele próprio, alternativo que, por sua origem e função, já não seria mais portador de uma lógica de dominação mas, ao contrário, de uma lógica de emancipação.”

<sup>14</sup> No ponto, destacamos que nosso enfoque pousará tão-só sobre a eficácia *vertical* dos direitos fundamentais, e não sobre a *horizontal*, que cuida da efetividade desses direitos nas relações particulares. Para uma visão a respeito do tema, ver AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>15</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002., p. 241. Nas palavras da autora, “Imaginar que a influência da Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza normativa da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos.”

<sup>16</sup> “O que já está definido (está-se a referir aos direitos, princípios e objetivos). O como (como satisfazer os direitos, princípios e objetivos fundamentais), esta, sim, é matéria residente no âmbito de decisão de natureza política. Alguns buscarão técnicas com determinada fisionomia, outros preferirão mecanismos dotados de natureza diversa. Mais intervencionista ou menos intervencionista, esses mecanismos decorrem de políticas que terão como compromisso último a satisfação dos direitos fundamentais, a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e, ao mesmo tempo, o respeito aos princípios fundamentais.” CLÈVE, Clèmerson

Regina Macedo Ferrari defende a supremacia da Constituição como preceito capaz de impor aos poderes constituídos o dever de implementar condutas que efetivem as normas protetoras de bens jurídicos fundamentais. Para a autora, tal dar-se-ia não só pelo caráter supremo da Constituição, mas também pela possibilidade que certas normas admitem de assumir um caráter de direito subjetivo, permitindo ao particular “reclamar o seu reconhecimento, tanto diante da Administração como diante da Justiça.” Seria uma “execução forçada do direito.”<sup>17</sup>

De acordo com Ferrari, dentre as normas constitucionais programáticas, isto é, aquelas que “expressam princípios, fins ou tarefas, sem indicar os meios para alcançá-los”, há algumas<sup>18</sup> que permitem a exigibilidade imediata da conduta determinada, sem a necessária intermediação do legislador, por força da imperatividade constitucional. Para a autora, tais normas estariam concentradas notadamente naquelas que cuidam da proteção da educação, saúde, cultura, meio ambiente e até mesmo esporte, elementos estes que reunidos – e garantidos pelo Estado – permitem a autonomia do cidadão dentro de um padrão de dignidade humana, posto que “determinam tarefas/dever para o Estado e se constituem em um direito fundamental para o jurisdicionado”<sup>19</sup>.

No caso brasileiro, é possível reconhecer que o Estado tem-se mostrado deficiente e/ou ineficiente quanto à promoção das necessidades sociais mais elementares dos cidadãos. Portanto, em vista da atividade legiferante no sentido de conferir concretude às normas constitucionais, e, paralelamente, diante da inércia legislativa com relação a outros comandos constitucionais, é que decorre a crescente demanda ao Judiciário acerca da constitucionalidade de leis, e acerca da inconstitucionalidade da omissão legislativa. Busca-se a declaração de (in) adequação da lei infraconstitucional à Constituição Federal, ou – o que é igualmente corrente

---

Merlin. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441)>, acesso em 25/08/06.

<sup>17</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.229. Segundo a autora, sem descartar outras formas de conceituar direito subjetivo, “por direito subjetivo deve-se entender o poder de ação que, com base no direito objetivo, destina-se à satisfação de um interesse.”, *ibidem*. p. 227.

<sup>18</sup> No ponto, a autora afasta a possibilidade de exigibilidade imediata das normas que “protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários o poder de exigir sua satisfação, pois não delimitam seu objeto, nem fixam sua extensão, e por conseguinte não possibilitam a sua realização antes que o legislador cumpra com o seu dever de completá-las”, como é o caso do art. 170 da Constituição Federal, *verbis*: “a ordem econômica (...) tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social...”, *ibidem*, p. 230-231.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 231.

no contexto jurisdicional brasileiro – a efetividade imediata de uma determinada norma de direito constitucional (precisamente, das que veiculam direitos fundamentais).<sup>20</sup>

Desse modo, parece oportuno esboçar os delineamentos dessa apreciação judicial da constitucionalidade das opções legislativas e administrativas no caso brasileiro, para, ao final, chegar ao ponto principal do presente artigo, que é discutir a legitimidade dessa mesma apreciação judicial.

## **2. NOTAS SOBRE A FISCALIZAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.**

### **2.1. A FISCALIZAÇÃO JUDICIAL CONSTITUCIONAL E SUA MECÂNICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.**

A teoria do controle de constitucionalidade, tal qual a conhecemos hodiernamente em nosso ordenamento jurídico, remonta à doutrina constitucional norte-americana, a partir do famoso julgado do caso *Marbury vs. Madison*, com a utilização da expressão *judicial review*.

<sup>21</sup> Mais precisamente, a doutrina norte-americana sobre controle de constitucionalidade tem inspiração nos cadernos Federalistas, especificamente no Federalista nº 78, de autoria de John Hamilton.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> O que encontra respaldo na própria Constituição, seja conferindo indiretamente aos direitos fundamentais a característica de direitos subjetivos (conforme art. 5º, § 1º da Constituição brasileira), ou diretamente (tal qual preceitua o art. 208, § 1º da Constituição brasileira). A aplicabilidade imediata é amplamente discutida na doutrina, em razão de os direitos fundamentais, em sua maioria, dependerem de concretização legislativa para serem efetivados. Para Ingo Sarlet, é “possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada”. \_\_\_\_\_ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 271.

<sup>21</sup> Nesse caso paradigmático da Suprema Corte norte-americana, o então presidente Thomas Jefferson decidiu não confirmar as indicações de alguns juízes, feitas por seu antecessor. Um desses juízes indicados era Marbury, que recorreu da decisão do presidente à Suprema Corte, alegando que sua nomeação seria de competência da Corte, e não do presidente. Resultado disso foi a confirmação da competência da Suprema Corte para declarar a invalidade de leis incompatíveis com a Constituição. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>22</sup> As seguintes passagens do Federalista nº 78 bem ilustram a afirmação de legitimidade do controle judicial de constitucionalidade: “Não podemos supor que a Constituição pretende dar aos Representantes do povo o direito de substituir a sua *vontade* à de seus eleitores. É muito mais racional supor que os tribunais foram designados para serem um corpo intermediário entre o povo e os legisladores, com o fim, dentre outras coisas, de manter estes últimos dentro dos liames de sua autoridade. A interpretação das leis é função específica dos

Foi sob influência da doutrina norte-americana e na vigência da primeira Constituição Republicana, de 1891, que se outorgou ao Supremo Tribunal Federal brasileiro a função de guardião da Constituição, conferindo-lhe competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis, através de recurso especial.<sup>23</sup> Ainda não se cogitava da ação direta de inconstitucionalidade, pois o entendimento era de que tal modalidade de ação feriria o princípio da separação dos poderes, configurando ingerência do Poder Judiciário na esfera discricionária dos demais poderes.<sup>24</sup>

Na atualidade, dentre as classificações da doutrina brasileira quanto às espécies de controle de constitucionalidade, a que mais interessa para os fins do presente trabalho são: 1) as que atinem ao *sujeito* (ou seja, qual órgão exerce o controle), e 2) as que atinem ao *modo* (quer dizer, a circunstância em que se dará a fiscalização).<sup>25</sup>

Quanto ao sujeito, o controle poderá ser *difuso* ou *concentrado*. O controle difuso compete a uma pluralidade de órgãos das diferentes instâncias, competentes para apreciar a constitucionalidade em questão.<sup>26</sup> Desse modo, a constitucionalidade será aferida incidentalmente, no curso do processo em que surge a questão constitucional, como afirmação da supremacia da Constituição sobre as leis. De outro lado, o controle concentrado compete a apenas um órgão ou a um grupo reduzido deles<sup>27</sup>, de maneira que o controle de constitucionalidade será feito, em regra, autonomamente, sem necessidade de litígio concreto.

---

tribunais. Uma Constituição é, de fato, e deve ser observada pelos juízes como uma lei fundamental.”... “Essa conclusão não supõe, absolutamente, uma superioridade do poder judiciário sobre o poder legislativo. Ela supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos os dois, e que, apesar da vontade da legislatura ser exprimida através de suas leis, se estas estiverem em oposição à Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer.” JAY, J.; HAMILTON, A. *et all. Le Fédéraliste*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 648-649.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>24</sup> *Ibidem, idem*, na esteira de Rui Barbosa, **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, p. 98.

<sup>25</sup> Cf. AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49 e ss. Também RECK, Melina Breckenfeld. **Constitucionalização Superveniente?** Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 36 e ss.

<sup>26</sup> Jürgen Habermas acredita ser o controle difuso mais democrático que o controle concentrado de leis, justamente por atribuir a uma maior quantidade de órgãos a competência para apreciar a constitucionalidade de leis. Habermas coloca as cortes constitucionais como algo não evidente no ordenamento jurídico, elogiando o controle difuso de constitucionalidade. Há, contudo, objeções à afirmação de que o controle difuso é mais democrático que o controle concentrado, haja vista que: 1) o agir no processo é estratégico, não está preocupado com o consenso; 2) o processo é um diálogo de apenas duas partes. Demais disso, o controle concentrado admite participação democrática por meio de *amicus curiae*, propiciando a deliberação pública do caso *sub judice*. Cf. CLÈVE, Clèmerson M., em aula do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, em 15.05.2007.



Tocante ao modo, o controle poderá ser *concreto* ou *abstrato*, este último também chamado *controle em tese*, sendo ambos exercidos apenas pelo órgão competente para exercer o controle concentrado. O controle concreto será feito tendo como pano de fundo um determinado litígio, sendo que o controle abstrato não carece de casos concretos para ser suscitado, tendo por causa ou ocasião a repercussão da ofensa à Constituição nas esferas jurídicas de determinados sujeitos.

No caso brasileiro, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que o controle difuso é compartilhado pelo Supremo e pelos juízes das demais instâncias. Desse modo, é amplo o número de órgãos capazes de exercer a fiscalização da constitucionalidade de leis, o que pode gerar entendimentos contraditórios a respeito da constitucionalidade de uma mesma lei, frustrando as expectativas acerca do teor das decisões.

Inobstante a insegurança jurídica que essa possível conflitividade de decisões pode ocasionar, há ainda outro problema, que diz respeito ao sensível deslocamento de competência dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, especialmente nas hipóteses de verificação de inconstitucionalidade da omissão legislativa/administrativa, como são os casos em que o requerente busca no Judiciário a tutela de um determinado direito fundamental não efetivado pelo Poder Público. Nesses casos, discute-se a ingerência do julgador na esfera de discricionariedade do administrador e do legislador, e igualmente são possíveis decisões diametralmente opostas, a respeito de um mesmo pedido.

Vejamos, pois, dois julgados que ilustram essa problemática. No primeiro deles, o tribunal deixa de apreciar a pretensão emanada do direito fundamental social sob o fundamento de que, em casos que envolvam escolhas alocativas de recursos escassos, o Judiciário estaria imiscuindo-se na esfera de discricionariedade do administrador e/ou legislador, na medida em que a efetividade de um direito fundamental social dependeria da implementação de políticas públicas:

CONSTITUCIONAL - OBRIGAÇÃO DE MATRÍCULA DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR “1. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades. 2. No âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no §1º do art. 208 da Lex Mater, consistente no 'poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse' (George Jellinek, apud José Cretella Júnior. Comentários à

---

<sup>27</sup> O que agrava a questão da legitimidade democrática, na medida em que confere a um pequeno grupo de pessoas o poder de julgar a inconstitucionalidade de leis criadas por representantes de uma maioria em um espaço próprio de deliberação (as Casas competentes no Congresso Nacional).

Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993. V. 8. p. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental. 3. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa”<sup>28</sup>

Já em um segundo caso, porém, que igualmente versava acerca de pedido de matrícula de criança menor de 6 anos de idade em creche da rede de ensino municipal, o Superior Tribunal de Justiça afastou a tese de discricionariedade, com esboço no valor da dignidade da pessoa humana, assegurado constitucionalmente:

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

...

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.<sup>29</sup>

...

Desse modo, a questão da legitimidade democrática agrava-se pelo fato de esses juízes, que não foram levados à sua função por vontade popular, apreciarem a constitucionalidade de decisões de agentes eleitos justamente para representar a vontade dos cidadãos. É certo que não raro tais representantes desviam-se de sua missão<sup>30</sup>, mas são eles os legitimados para tanto. E, embora se deva zelar pela supremacia da Constituição, ela não poderá servir de amparo ao decisionismo judicial.

---

<sup>28</sup> TJSC, Apelação Cível nº 2002.006812-3, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz César Medeiros, decisão de 24/02/2002, disponível em <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/Pesquisa.do?query=matricula+crianca+municipal> Acesso em 15/09/2006.

<sup>29</sup> STJ, Recurso Especial nº 575280, Rel. p/ acórdão (voto-vista) Min. Luiz Fux, 02/09/2004. Disponível em [https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301432329&dt\\_publicacao=25/10/2004](https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301432329&dt_publicacao=25/10/2004) Acesso em 15/09/2006.

<sup>30</sup> A ponto de o deputado Paulo Renato Souza (PSDB-SP) ter apresentado Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que cria o Tribunal Superior da Probidade Administrativa. O deputado propõe que esse novo tribunal tenha como mérito apreciar e julgar crimes de corrupção cometidos por ministros, governadores, parlamentares, prefeitos de capitais, desembargadores — e também os co-réus que não disponham de cargo público. Cf. informativo do STF, disponível em <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=237576&tip=UN&param=corrupcao>.

Por conta disso é que se fomenta o debate entre Constituição e democracia. Segundo Luigi Ferrajoli, é característico do Estado Constitucional de Direito (no qual não só a produção legislativa mas também seu conteúdo devem dar-se em acordo com os princípios constitucionais) que a jurisdição constitucional assuma um novo papel, em que o juiz tem o dever de denunciar a inconstitucionalidade de lei incompatível com a Constituição.<sup>31</sup> Essa subordinação legal à Constituição traz mudanças também na natureza da democracia, na medida em que, ao mesmo tempo, a limita e a completa: limita porque “aos direitos constitucionalmente estabelecidos correspondem proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria” (...) “e a completa porque estas mesmas proibições e obrigações configuram como garantias dos direitos de todos.”<sup>32</sup>

Destarte, essa relação entre Constituição e democracia leva o Estado Constitucional de Direito a uma crise, apontada por Ferrajoli como um “regresso ao direito jurisprudencial pré-moderno”, pois, de um lado, tem-se a diminuição da capacidade reguladora da lei, agregada ao retorno do papel criativo do juiz; e, por outro lado, a atividade criativa da jurisdição leva à coexistência e superposição de ordenamentos jurídicos distintos, levando à perda de unidade e coerência do sistema.<sup>33</sup>

## **2.2. FISCALIZAÇÃO JUDICIAL DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES POLÍTICAS: O MANEJO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE.**

O princípio da proporcionalidade é de fundamental importância como parâmetro para a tomada de decisões dos agentes dos três poderes. Nos tribunais brasileiros, a proporcionalidade é utilizada pelo julgador como verificação da legitimidade da decisão política, a qual, em não sendo legítima, estará sujeita ao exame de constitucionalidade, através do princípio da proporcionalidade.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: Carbonell, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 18.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>34</sup> Gilmar Ferreira Mendes identifica em julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal já na década de 1950 a utilização do princípio da proporcionalidade como parâmetro de medição de constitucionalidade de leis. O autor mostra que desde há muito se reconhece a competência dos tribunais brasileiros para apreciar a proporcionalidade de restrições legais, através do exame da *adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito* do ato político. \_\_\_\_\_ **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.**

A proporcionalidade é mecanismo utilizado no método de ponderação de bens jurídicos conflitantes, quando da tomada de decisões no caso concreto. A metodologia da ponderação encontra singular desenvolvimento na obra de Robert Alexy, o qual atribui aos direitos fundamentais uma feição principiológica<sup>35</sup>, e, como tal, devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. É o que o autor chama de *mandados de otimização*.<sup>36</sup>

Na definição de Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade (a qual é empregada indistintamente pelo autor em relação à razoabilidade) é “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”<sup>37</sup>

Nessa linha, a proporcionalidade ganha relevo ao ser utilizada na análise da idoneidade das escolhas feitas pelo administrador e pelo legislador, quando suas ações impliquem em restrições aos direitos fundamentais. Assim é que Daniel Sarmento coloca que “o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão. Nesse sentido, ele tem sido utilizado no Direito Comparado, e, mais recentemente, também no Brasil, como poderosa ferramenta para a aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça.”<sup>38</sup>

Desse modo, a proporcionalidade adota um viés legitimador do controle de constitucionalidade de leis e de atos da administração, sem que se configure a ingerência do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade do agente político.<sup>39</sup> Isso porque o exame da

---

Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, p. 77. Também Lenio Streck destaca a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade tanto no controle concentrado quanto no controle difuso de constitucionalidade, afirmando que “mesmo levando em conta o fato de que os princípios de que se fala [razoabilidade e proporcionalidade] são de índole constitucional, os demais tribunais e juízes da República estão autorizados a aplicá-los em sede de controle difuso”. \_\_\_\_\_, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 527.

<sup>35</sup> Veja-se, na nota 68, *infra*, maiores esclarecimentos acerca de como Robert Alexy concebe a estrutura dos direitos fundamentais.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 219.

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p.77.

proporcionalidade, conforme sobredito, permitirá observar se a fundamentação da decisão que causou restrições a direitos foi adequada e justificada pelo interesse público - o que representa fator de legitimidade dos atos administrativos em geral -, o que será feito, conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, se constatada a presença de seus três subprincípios de análise: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>40</sup> E o controle judicial mostra-se importante justamente para aferir se os fins perseguidos pelo administrador ou legislador estão em conformidade com os preceitos traçados na Constituição.<sup>41</sup>

Cumprir destacar, na esteira de Luis Prieto Sanchís, que o uso do mecanismo da proporcionalidade no exame de constitucionalidade de leis pode representar um risco à supremacia do legislador, e, em consequência, ao princípio democrático, na medida em que confere liberdade ao julgador para analisar a conformidade de atos legislativos e administrativos à constituição.<sup>42</sup> Contudo, segundo Sanchís, este seria um *risco necessário*, se se quisesse manter a garantia e proteção dos direitos fundamentais. Isso porque, de acordo com o autor, a atividade legislativa não deve ser vista como mera executora da constituição, e, desde logo, detentora de ampla liberdade de conformação, e sim estar sujeita a um controle capaz de verificar a idoneidade não apenas de seus fins, mas igualmente dos meios alcançados para atingi-los.<sup>43</sup>

Aqui é que se mostrará útil o exame dos três níveis da proporcionalidade. De acordo com Martin Borowski, as normas de direitos fundamentais<sup>44</sup> são demasiadamente

---

<sup>39</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais ...**, p.42.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 42. Também Daniel Sarmento aponta para a necessidade desse controle de constitucionalidade, através do exame da proporcionalidade, afirmando que “Mesmo em um país como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não infreqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira.” *Op. cit.*, p.232.

<sup>42</sup> SANCHÍS, p. 157.

<sup>43</sup> *Ibidem, idem.*

<sup>44</sup> Aqui o autor refere-se aos direitos fundamentais prestacionais, que exigem uma determinada conduta do Estado para serem efetivados. Contudo, sabe-se que também os direitos fundamentais de defesa exigem um agir positivo estatal para o alcance de sua efetividade. Por exemplo, não é possível ir e vir (liberdade fundamental) sem um sistema de segurança e/ou de transporte oferecido pelo poder público (logo, por meio de uma prestação). Sobre o custo dos direitos prestacionais e de defesa, consultar HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

indeterminadas, permitindo que a sua efetivação se dê em diferentes graus de atuação<sup>45</sup>. Assim, haverá o exame da proporcionalidade pelo administrador ou legislador, o qual se dará no chamado *nível de ponderação*, o qual precede o *nível de ação*. É no nível de ponderação que serão sopesados os bens jurídicos em jogo, e, também, é onde será escolhida a conduta a ser adotada pelo Estado para atender à prestação exarada da norma jusfundamental, através da análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* da decisão a ser tomada.<sup>46</sup>

Menelick de Carvalho afirmou que as conquistas que alcançaram o patamar de direitos fundamentais encontram-se em constante risco de serem manipuladas e abusadas.<sup>47</sup> Por isso, a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, torna-se cada vez mais importante como garantia de proteção dos bens jurídicos fundamentais contra as arbitrariedades dos poderes públicos, notadamente em termos de Brasil, onde há grande *inércia* e *déficit* de integração social.<sup>48</sup> Ocorre, contudo, que é necessário atentar para que, em defesa da jurisdição constitucional, não se esteja a abrir a guarda a eventuais arbitrariedades oriundas do Poder Judiciário, igualmente.

Nessa toada, é importante discutir até que ponto pode atuar o julgador, em defesa dos direitos fundamentais e da Constituição como um todo. Até que ponto ele poderá interpretar criativamente a Constituição, sem ferir a harmonia entre os três poderes, e sem ignorar a legitimidade democrática de que se revestem leis e atos administrativos.

### **3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UM DEBATE ENTRE ATIVISMO E AUTO-CONTENÇÃO JUDICIAL.**

---

<sup>45</sup> BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.153. Tradução livre. “El problema es que cuando se trata de averiguar en qué medida los derechos fundamentales de prestación pueden ser derivados de la literalidad de una Constitución que funda um Estado constitucional democrático, sólo se cuenta com las disposiciones que los tipifican, que por lo general carecen de formas bien definidas y son bastante lapidarias. Tampoco puede derivarse prácticamente nada sobre el contenido de estos derechos de la voluntad del constituyente primario o secundario. Las disposiciones que los tipifican son casi siempre demasiado indeterminadas como para poder aplicarlas sin recurrir a la ponderación.”

<sup>46</sup> *Ibidem*, p.162.

<sup>47</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141.

<sup>48</sup> A expressão é emprestada de OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, em seu **Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil**. *In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 174.

### 3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A extensa positivação de direitos e garantias fundamentais por que optou o constituinte originário, agregada à necessidade de proteção da supremacia da Constituição (bem como da eficácia de suas normas), intensificou a fiscalização de constitucionalidade de leis e atos da administração pelo Poder Judiciário, suscitando, dessa forma, o debate acerca da legitimidade democrática desse poder para imiscuir-se em questões afetas à esfera de discricionariedade do legislador e do administrador.<sup>49</sup>

É que, em superação ao constitucionalismo moderno, que se apresentava mais como uma ideologia de limitações ao Estado e de defesa das liberdades individuais<sup>50</sup>, e dentro do atual contexto neoconstitucionalista<sup>51</sup> em que se insere a Constituição Federal de 1988, há uma maior preocupação com a efetividade das prescrições de direitos fundamentais, o que tem levado o julgador a proceder a uma leitura valorativa da constituição. Essa leitura valorativa significa uma aproximação voluntária do julgador à realidade que o circunda, o que o faz decidir pragmaticamente, atuando como “legislador negativo”, ou, ainda, conforme Pozzolo, “legislador concorrente”.<sup>52</sup> É que, ao buscar a solução no caso concreto, a interpretação judicial pode acabar “criando norma”, criando direito que ainda não existe e que, para vir ao

---

<sup>49</sup> Paulo Bonavides destaca que, sem a existência de um efetivo controle de constitucionalidade de leis, que assegure a supremacia da Constituição, as normas definidoras de direitos fundamentais quedariam desprotegidas. Não obstante, o autor não ignora o abalo que o controle de constitucionalidade de leis provoca no equilíbrio entre os poderes do Estado: “O ponto mais grave reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. Mas, por outra parte, o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes.” \_\_\_\_\_.  
**Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 296-297.

<sup>50</sup> Cf. COMANDUCCI, P., ob. cit., p. 82.

<sup>51</sup> A expressão significa movimento da doutrina constitucional que não implica, necessariamente, em um corte paradigmático com o constitucionalismo moderno, e sim a superação deste apontando para uma verdadeira doutrina de interpretação constitucional. De acordo com a tese neoconstitucionalista, qualquer decisão jurídica, em especial a judicial, deriva, em última análise, de uma norma moral. Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo ainda não é um modelo pronto, consolidado, em sua formação teórica e aplicação prática. Para se ter uma visão acerca do movimento neoconstitucionalista, ver CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

<sup>52</sup> Cf. POZZOLO, ob. cit., p. 193.

mundo, deveria sê-lo pelas mãos do legislador positivo, democraticamente eleito para tal tarefa.

Desse modo, surgem no cenário jurídico diferentes teorias de interpretação constitucional, na medida em que o positivismo jurídico já não dá mais conta do moderno Estado Constitucional de Direito.<sup>53</sup>

Ocorre que desde há muito os juízes não são mais os únicos intérpretes do direito, tendo esse papel sido estendido a agentes políticos e aos demais operadores jurídicos.<sup>54</sup> Portanto, é necessário que, a fim de legitimar a soberania de sua decisão sobre a decisão política, seja no controle concreto ou no controle abstrato de constitucionalidade, busque-se um método de interpretação e aplicação do direito capaz de identificar legitimidade na atividade jurisdicional.

Nessa esteira, o debate acerca do ativismo e da auto-contenção judicial preocupa-se com o risco decorrente da subjetividade das decisões judiciais, ou seja, com a valoração das normas ao arbítrio do julgador. É que a abertura do texto constitucional, ou até mesmo a inércia do agente político quanto a um determinado comando constitucional, conforme sobredito, abre portas ao magistrado para que interprete a Constituição da maneira que julgar mais adequada ao caso em exame, podendo, muitas vezes, a aparente legitimidade da decisão judicial encobrir um decisionismo crônico da jurisdição constitucional.

É imperioso destacar que referida liberdade/discricionariedade do julgador não deve transmutar-se em mera arbitrariedade, reflexo da vontade de um determinado poder, sob pena de se incorrer em uma “barbárie hermenêutica”<sup>55</sup>. Por conta disso, a decisão judicial precisa ser racionalmente justificada, deve haver um controle racional das decisões. A grande dúvida é como controlar racionalmente decisões que possuem conteúdo moral. Como saber se a decisão é correta, justa? E, na esteira de Carlos Santiago Nino, não é possível solver as abstrações textuais da Constituição sem recorrer a juízos valorativos.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>54</sup> Cf. MORO, ob. cit., p. 170.

<sup>55</sup> Termo utilizado por Lenio Luiz Streck em palestra proferida no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 29/03/2007, para referir-se a um regresso do Direito aos “primórdios do modelo formal burguês, em que os discursos de argumentação já estão dados não pelo legislativo (democracia), mas pelo judiciário”.

<sup>56</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.



### 3.2. ATIVISMO JUDICIAL

Pode-se dizer que o ativismo judicial tem como principal argumento justificador a máxima promoção e prospecção dos direitos fundamentalmente assegurados. Defende-se, aqui, que a intervenção judicial far-se-ia sempre necessária quando o Estado faltasse com as tarefas que lhe foram impostas pelo constituinte originário.<sup>57</sup> Tal intervenção, naturalmente, ocorreria quando o Judiciário fosse acionado para tanto, seja através de ações individuais, seja por meio de ações coletivas.

Dentre os autores que se posicionam em favor desse Judiciário ativista, que examina o exercício do poder discricionário dos poderes constituídos, muitos destacam que o ativismo judicial traduz a necessidade de um comprometimento com a erradicação da pobreza<sup>58</sup>, com a proteção dos mais necessitados, que precisam do Judiciário para ter acesso aos serviços mínimos de saúde<sup>59</sup>, educação e assistência social, na medida em que a parcela mais carente da sociedade civil não influencia na formação da vontade política<sup>60</sup>, ficando alijados, assim, do processo político democrático.<sup>61</sup>

Ocorre, porém, que não é fácil estabelecer uma divisão estanque entre autores ativistas e não ativistas, pois, por vezes, é possível identificar aspectos de uma teoria ou outra em um mesmo autor. Contudo, pode-se dizer que, dentre aqueles que defendem a legitimidade da atividade criativa do juiz, encontramos a doutrina de Robert Alexy e Ronald Dworkin, os quais, no entendimento de Paolo Comanducci, seriam os principais representantes da ideologia neoconstitucionalista, a qual ressalta a valoração positiva dos sucessos alcançados pelo constitucionalismo, bem como a sua defesa e aplicação, sublinhando, desse modo, a tutela dos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 253.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>59</sup> MORO, S. F. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad 2001, p. 63.

<sup>60</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 70.

<sup>61</sup> OLSEN, *op. cit.*, p. 308. Também MORO, **Desenvolvimento e Efetivação Judicial ...** p. 63.

Há um traço comum entre Alexy e Dworkin, que é a atenção dispensada aos princípios. Ambos desenvolvem técnicas que atribuem aos princípios um papel de relevada importância na atividade do intérprete. E essa leitura principiológica da Constituição configura um forte argumento em favor da legitimidade do papel criativo do juiz, na medida em que princípios não possuem um conceito determinado, mas traduzem valorações, positivadas ou não, e que permitem uma larga margem de interpretações.<sup>63</sup>

Na doutrina de Dworkin, é o modelo do direito como integridade que confere legitimidade à decisão judicial, consistindo em uma nova proposta de construção do saber jurídico.<sup>64</sup> Valendo-se da figura do juiz Hércules, que dispõe de todo tempo e paciência do mundo para trabalhar, Dworkin defende que o direito não é meramente *descritivo*, mas *construtivo* sobre um sistema de princípios coerentes. O operador do direito não é um mero observador imparcial que descreve as leis, mas constrói a solução dos problemas a partir delas, pois “A letra da lei pode ser diferente da verdadeira lei.”<sup>65</sup> Ler o direito como integridade significa achar em algum lugar do direito a solução mais adequada para um determinado caso concreto. Em casos difíceis, a decisão do juiz não aludirá a uma regra, mas a um princípio. Pois, para Dworkin, as regras são aplicadas na maneira do *tudo ou nada*.<sup>66</sup> Por isso, Dworkin opõe-se à idéia de um sistema autoregulado (tal qual propõe o positivismo jurídico), pois, para ele, o sistema jurídico é aberto e puro.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Cumpre destacar que aqui o autor refere-se ao que ele classifica como *neoconstitucionalismo ideológico*, dentro da classificação tripartite que faz do neoconstitucionalismo em *teórico, ideológico e metodológico*, à semelhança das três acepções de positivismo jurídico bobbianas. Ob. cit., p. 86.

<sup>63</sup> Mas não só isso, podendo representar, conforme aponta Humberto Ávila, um estado de coisas a ser alcançado, através da realização de determinados meios, de determinados comportamentos: “...os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se a valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.” \_\_\_\_\_, **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

<sup>64</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**.

<sup>65</sup> Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. São Paulo: JM Editora, 1995.

<sup>66</sup> Cf. DWORKIN. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

<sup>67</sup> Cf. CHUEIRI, p. 92.

A integridade do direito é materializada através da atividade jurisdicional construtiva, que deverá preocupar-se com o que vem sendo decidido em casos parecidos com o caso em exame, a fim de que se chegue a uma única resposta correta.<sup>68</sup> É a idéia de “cadeia do direito” (*chain of law*), que traça um paralelo entre a atividade jurisdicional e a feitura de um romance escrito a várias mãos. Desse modo, os juízes são, ao mesmo tempo, autores e críticos; introduzem acréscimos nas decisões que interpretam, e o fazem de uma maneira política em parte. É uma atividade de *construção*.<sup>69</sup> O julgador irá criar *enquanto* interpreta, através da leitura dos precedentes. O julgador não se limita à mera exegese da lei, devendo repelir a tese historicista preocupada com a intenção dos fundadores da Constituição.<sup>70</sup> A particularidade da interpretação da prática jurídica é sua atitude simultânea crítico-criativa.<sup>71</sup>

Já Robert Alexy apresenta o modelo da ponderação de bens como método capaz de resolver o problema da legitimidade da decisão judicial criativa, conferindo ao julgador o que Sanchís chamaria de *discrecionariade débil*.<sup>72</sup> O autor sustenta que, considerando que as normas de direito fundamental têm uma característica principiológica (ao menos em determinado nível<sup>73</sup>), deve-se ter em mente que os princípios deverão ser sopesados no caso

---

<sup>68</sup> Para o positivismo jurídico, a segurança jurídica não se encontrava na existência de uma reposta certa, e sim na neutralidade do juiz, por isso a separação entre direito e moral, para aquela corrente doutrinária.

<sup>69</sup> “... o direito como integridade pede-lhes [aos juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.” **O Império...**, p. 273.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 434.

<sup>71</sup> Cf. CHUEIRI, ob. cit., p. 97.

<sup>72</sup> Cf. SANCHÍS, ob. cit., p. 135. Mais adiante, esse mesmo autor destaca que o método da ponderação será útil apenas para a solução de um certo tipo de antinomias, mas não de todas. Em se tratando de um mesmo documento normativo, como é o caso da constituição, a ponderação não poderá ser usada quando se puder resolver a colisão com o uso do critério da especialidade: “por exemplo, na sucessão à Coroa da Espanha se preferirá ‘o varão à mulher’ (art. 57.1 CE) e esta é uma norma especial frente ao mandato de igualdade perante a lei do art. 14, que expressamente proíbe qualquer discriminação em razão de sexo.” . Demais disso, pode acontecer que o resultado da ponderação seja a total prevalência de um dos princípios, o que seria o mesmo que observar o critério da especialidade, sem, contudo, dar ampla margem à discrecionariade judicial. Tradução livre, p. 137-140.

<sup>73</sup> É que Alexy, quanto à estrutura dos direitos fundamentais, defende o modelo *misto* de normas, o qual considera que toda norma que veicula um direito fundamental possui um *nível* de regras e um *nível* de princípios. No nível de princípios, serão resolvidas questões de hierarquia constitucional, onde se irá verificar, através da argumentação, porque um direito fundamental deve ser melhor realizado que outro. Para solucionar as colisões, essa hierarquia poderia se dar em 1º e 2º graus. Diz-se que haverá hierarquia de 1º grau quando o limite incide sobre um direito fundamental sem reserva. Já a hierarquia de 2º grau ocorrerá quando se tratar de um limite a direito fundamental com reserva expressamente prevista em lei. E quando se fala no nível das regras, quer-se dizer que as disposições constitucionais não são apenas a positivação dos princípios, mas caracterizam a intenção do constituinte de estabelecer limitações frente aos princípios contrapostos. Ob. cit., p. 129-138.

concreto, na medida em que, justamente por não implicarem na invalidez do princípio colidente, deverão *ceder* em seu âmbito de proteção, sendo que fatalmente um princípio será aplicado no maior grau possível, desde que, por outro lado, afete o menos possível o princípio que a ele se opõe.

Os modelos de Dworkin e Alexy são de relevada importância, notadamente no contexto constitucional brasileiro, em que o Judiciário é cada vez mais acionado para determinar ao Estado a realização de tutelas protegidas por direitos fundamentais, ao que se busca, pois, a legitimidade de tal conduta. A teoria dworkiniana é interessante por conta da visão global do direito como integridade, da busca pela decisão conformada com o ideal de igualdade, apesar de dispensar o argumento historicista de interpretação. Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, sem deixar de proceder uma leitura principiológica da constituição, já chegou a buscar na teoria historicista razões para decidir, tal qual ocorreu, por exemplo, no paradigmático caso *Ellwanger*, em que, inobstante ter sido buscada a *intenção* do constituinte originário quanto ao termo *racismo*, houve uma ponderação de bens (liberdade de expressão e vedação de racismo).<sup>74</sup>

Ainda, o juiz Hércules é solitário, fala sozinho, não dialoga para poder chegar à solução do caso concreto, valendo-se apenas de sua própria metodologia<sup>75</sup> para alcançar suas conclusões. A falta de diálogo, certamente, prejudica a formação de um raciocínio mais apurado do julgador, bem como abala sensivelmente a legitimidade de suas decisões.

---

<sup>74</sup>No julgamento do caso *Ellwanger* pelo Tribunal Constitucional brasileiro, em que se discutia a aplicabilidade da norma constitucional de liberdade de expressão em face da também constitucional norma de proibição da prática de racismo, o voto do Ministro Moreira Alves foi no sentido de uma interpretação historicista da Constituição, como se pode inferir do trecho que segue: “O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó (“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), apresentada em 12.01.1998, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação: (...)” STF. Habeas Corpus n. 82.424-2/RS. Rel.: Moreira Alves. Rel. Acórdão: Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 17/09/2003.

<sup>75</sup> Como é o caso da teoria das *fontes banidas*, segundo a qual as decisões que tenham por base as preferências de maiorias, e cujas maiorias tenham como fonte algo que é banido pelos princípios, não serão decisões legítimas. Essa teoria veda que a legislação atenda a uma maioria que reflita preferências fundadas em qualquer tipo de preconceito. Há, ainda, o método da *prioridade local*, pelo qual o juiz sobre-humano priorizará a área do direito em que se encontra, mas, em não achando os princípios que procura para fundamentar sua decisão, buscará expandir seus estudos para outros ramos dos direitos, como que em círculos concêntricos, partindo daquele ramo restrito do direito. In: DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 459-482.

Já o modelo da ponderação recebe várias críticas, dentre as quais o fato de que a leitura principiológica da Constituição pode sensivelmente diminuir o grau de segurança do direito.<sup>76</sup> Jürgen Habermas critica o método da ponderação afirmando que este seria uma porta aberta ao decisionismo e à subjetividade judicial, em prejuízo das escolhas feitas pelo legislador.<sup>77</sup> O uso desenfreado da ponderação, agregado à abertura normativa da constituição permitiria ao julgador ampla liberdade na análise de constitucionalidade de leis, transformando o Tribunal em uma instância autoritária. Para Habermas, deve-se buscar todas as interpretações possíveis dos princípios em jogo, para que então se escolha o melhor, o mais adequado ao caso concreto, sem necessidade de se recorrer às análises valorativas características da ponderação.<sup>78</sup>

Apesar das críticas, não se pode negligenciar a importância da técnica da ponderação, principalmente no direito brasileiro. A ponderação é importante para casos em que o Judiciário deve fazer escolhas dramáticas, como decidir entre conceder um tratamento de saúde a um paciente terminal, ou proteger o Erário de uma despesa não programada, não reservada para aquele fim.<sup>79</sup> Desde fins da década de 90, o Supremo Tribunal Federal tem-se deparado com inúmeras ações desse gênero, nas quais o julgador deve ponderar entre bens jurídicos - igualmente - fundamentais.<sup>80</sup> E tal ocorre não só tocante a direitos que exigem prestações, mas igualmente em relação a direitos de matriz liberal. Valendo-se do método da ponderação, o julgador não mais aguarda a concretização legislativa do direito fundamental, mas busca resolver racionalmente os problemas que envolvam colisão de bens. Por isso, o método da ponderação, enquanto teoria interpretativa legitimadora do ativismo judicial, tem sido bastante utilizado pelos tribunais brasileiros.

### 3.3. AUTO-CONTENÇÃO

---

<sup>76</sup> Nesse sentido, COMANDUCCI, P., ob. cit., p. 91.

<sup>77</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 333.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>79</sup> Nesse sentido, confira-se, dentre tantas outras, as seguintes decisões: STF, REextr 232335; TJRS, AI 70011342300; STF, REextr 410715; STJ, REsp 575280.

<sup>80</sup> Conforme minuciosa pesquisa jurisprudencial feita por Daniel Wei Liang Wang, em trabalho de sua autoria intitulado **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível em [www.sbdp.org.br](http://www.sbdp.org.br).

Ao revés do ativismo, a auto-contenção significa uma postura mais contida dos juízes quando estes se depararem com casos difíceis, que exijam, em certa medida, o exercício criativo da jurisdição.<sup>81</sup> É o que ocorre, por exemplo, quando se vêem decisões que deixam de conceder uma determinada tutela sob o fundamento de que a efetividade do direito em discussão é de competência do legislador e/ou do administrador, porque primeiros destinatários da norma em questão. A postura de auto-contenção é, em certa medida, preocupada com a falta de legitimidade democrática do julgador para decidir sobre escolhas feitas pelos poderes constituídos, haja vista que seus representantes foram democraticamente eleitos, por uma maioria, para representarem os interesses da sociedade.

Conforme sobredito, a preocupação fundamental dos partidários da auto-contenção judicial é o fato de uma minoria qualificada – os juízes – “criar” e impor normas a toda uma coletividade, sem que esta mesma coletividade os tenha – democraticamente – escolhido para fazê-lo.<sup>82</sup> E, de acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, o núcleo central da teoria democrática é que as normas somente serão legítimas quando os seus destinatários participarem de sua produção. Em outras palavras, é necessário “identidade entre governantes e governados.”<sup>83</sup>

A partir disso, foram desenvolvidas diferentes teorias partidárias da auto-contenção judicial. Um de seus principais defensores é Jürgen Habermas, para quem a jurisdição constitucional deve garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional e os direitos fundamentais. É que, para Habermas, uma decisão somente será legítima se tiver origem no consenso de seus destinatários. Esse consenso racional seria alcançado através de uma relação dialógica, do discurso, desde que presentes as *condições ideais de fala*<sup>84</sup>, num

---

<sup>81</sup> De antemão, vale destacar que Sérgio Fernando Moro estabelece uma distinção entre auto-contenção e procedimentalismo, explicando que a auto-contenção, ao contrário do procedimentalismo, não significa estrita observância jurisdicional dos mecanismos de participação democrática, e sim que casos constitucionais difíceis podem ser decididos em momento posterior, quando a questão já estiver mais amadurecida. \_\_\_\_\_, **Jurisdição Constitucional...**, p. 172. Contudo, optamos por não utilizar os termos procedimentalismo e substancialismo no presente *paper*, em razão de a distinção desses termos relativamente a ativismo e auto-contenção exigir maior atenção teórica.

<sup>82</sup> O caráter contramajoritário do poder judicial, haja vista os juízes não terem sido eleitos pelo povo, é amplamente discutido por Roberto Gargarella, o qual defende a manifestação das minorias no controle de constitucionalidade, em seu trabalho **La Justicia Frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

<sup>83</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

contexto em que a opinião pública alcança o sistema político, através do controle público dos meios de comunicação formadores de opinião (como as televisões públicas – não estatais –, por exemplo).<sup>85</sup> Por essas razões é que Habermas tanto valoriza o *procedimento* democrático.

E valorizar o procedimento significa defender que o julgador se limite a garantir apenas o *procedimento*, ou seja, o procedimento democrático de produção do direito, o contraditório, iguais oportunidades de participação nos processos de formação de opinião e de vontade públicas. Habermas entende, ainda, que a Constituição não é uma *ordem-macro* que regula a relação do Estado com os cidadãos, mas, diante da pluralidade social e cultural que se impõe, a Constituição *fixa procedimentos políticos* que permitem aos cidadãos perseguirem cooperativamente e com chances de sucesso o projeto de estabelecer formas justas de vida. Por isso, para Habermas, somente as condições procedimentais (tais como a *equal protection* e o *due process*) da gênese democrática das leis asseguram o direito positivo, e não a atividade criadora dos tribunais.<sup>86</sup>

Inobstante a supracitada preocupação habermasiana com o princípio democrático, pode-se dizer que, no contexto brasileiro, boa parte das decisões políticas tomadas pelos poderes constituídos podem não refletir o sentimento da maioria ou dela decorrerem, não constituindo, tais quais as decisões do Judiciário, um adequado paradigma da democracia representativa. Isso porque a democracia não significa necessariamente governo da maioria, pois a maioria de hoje pode não ser a mesma de amanhã, e diante disso o Judiciário teria o papel de “guardião dessa dinâmica majoritária/contra-majoritária”<sup>87</sup>, sendo que a democracia acaba por chamar o Judiciário a atuar pela guarda da constituição, não podendo, portanto, ser repellido dessa função. Isso porque “zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).”<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> HABERMAS, **Facticidad y Validez**.

<sup>85</sup> Cf. CATTONI, p. 173.

<sup>86</sup> HABERMAS, ob. cit., p. 336-337.

<sup>87</sup> Cf. CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 36.

Ainda, no contexto da Constituição Federal de 1988, de inúmeras promessas não cumpridas <sup>89</sup>, pode-se afirmar que grupos marginalizados na sociedade não recebem a merecida atenção dos legisladores e administradores, estes democraticamente eleitos, ao passo que poderiam lograr a proteção aos seus direitos perante o Judiciário, ao qual teriam amplo acesso. No ponto, vale destacar o entendimento de Mauro Cappelletti, para quem, muitas vezes, esse acesso ao Judiciário é dificultado pelas mais diversas razões, mas, certamente, é um forte argumento de legitimidade do Judiciário para manifestar-se sobre decisões dos poderes constituídos, na medida em que permite “o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*.”<sup>90</sup>

Há ainda outros modelos teóricos em favor da auto-contenção. Um deles é o de Bruce Ackerman, que defende o reconhecimento dos direitos fundamentais também através de uma perspectiva procedimental, na medida em que os indivíduos devem ter assegurada constitucionalmente a sua participação no processo de formação do conteúdo e do estabelecimento dos destinatários desses direitos fundamentais. <sup>91</sup> À semelhança de Habermas, essa participação será feita dialogicamente, discursivamente, em um ambiente que propicie a deliberação popular.

A diferença em Ackerman é que este debate público será feito em um momento de *mobilização popular*, revolucionário. Assim, o fato de a origem da lei revolucionária residir em um intenso movimento de mobilização e deliberação popular seria o aspecto legitimador dessa nova normativa. Destarte, é nesse momento revolucionário que tem nascedouro a idéia de *democracia dualista*, defendida pelo autor. <sup>92</sup> Por isso, para Ackerman, o Judiciário, apesar de exercer papel substancial, de defesa da constituição, seria apenas *preservacionista* e, o povo é que seria *ativista*, criador de norma. Caberia, pois, ao Judiciário garantir os instrumentos de

---

<sup>89</sup> A começar pelos objetivos da república Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da nossa Carta Política, como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

<sup>90</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993, p. 99-100.

<sup>91</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano.** Fundamentos de Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>92</sup> A democracia dualista significa que as decisões burocráticas rotineiras ficam a encargo dos representantes eleitos, ao passo que as verdadeiras transformações do sistema constitucional só podem ser levadas a cabo pelo *povo soberano*. Difere da teoria democrática *monista*, segundo a qual o princípio majoritário sobrepõe-se à postura ativista da jurisdição constitucional. Difere, também, da teoria democrática *fundamentalista*, a qual demanda a intervenção judicial, apesar de negligenciar o princípio democrático: a proteção dos direitos está acima da vontade soberana do povo. *Ibidem*, p. 7-21.



deliberação pública. O caso *Brown vs. Board of Education* seria um exemplo disso: o fim da segregação permitindo que as pessoas participem da deliberação pública.<sup>93</sup>

O trunfo de Ackerman é construir uma história constitucional de progressivo processo de emancipação. Mas, e se o povo não alcançar essa emancipação por si mesmo, notadamente em países como o Brasil, onde a distribuição de renda é considerada a segunda pior do mundo<sup>94</sup>, caberia responsabilizar os representantes eleitos para tanto? O autor não responde a tal questão. Também, a fim de estabelecer um paralelo entre a teoria ackermaniana e o caso brasileiro, é de se refletir se a Constituinte brasileira de 1987 também foi resultado de grande mobilização e participação popular, nos termos da proposta de Ackerman.<sup>95</sup>

Temos também o modelo teórico de Carlos Santiago Nino, da democracia deliberativa.<sup>96</sup> Para Santiago Nino, respeitar o processo democrático é respeitar a própria constituição, e sua justificação reside em respeitar princípios morais que estabelecem direitos. O autor critica Habermas por considerar que este acredita que a validade do discurso não se encontra em seus resultados, mas em seus pressupostos, na garantia do procedimento. Para Habermas, segundo Nino, a verdade será alcançada necessariamente após um processo deliberativo, desde que presentes as condições ideais de fala. Diante disso, Nino propõe um meio-termo: é possível que a reflexão isolada de um indivíduo alcance a verdade moral, mas isso não significa que interlocuções com os demais sujeitos também não tenham o seu valor.

---

<sup>93</sup> Em maio de 1954 -- em uma decisão histórica, no caso *Brown Contra a Secretaria de Educação (Brown v. Board of Education)* -- a Suprema Corte norte-americana julgou a inconstitucionalidade das escolas públicas segregadas. O nome dado ao caso, *Brown*, vem de Oliver Brown, um negro, que iniciou um processo quando sua filha de sete anos, Linda, teve sua matrícula negada em uma escola primária só para brancos na cidade de Topeka, estado do Kansas, no meio-oeste dos Estados Unidos, onde eles viviam. Fonte: <http://brownvboard.org/index.htm>. Acesso em 10/05/2007.

<sup>94</sup> Os dados são do IPEA, obtidos através do coeficiente de GINI, que mede a desigualdade de renda em valores de 0 (igualdade absoluta) a 1 (desigualdade absoluta). Segundo essa pesquisa, o Brasil (índice 0,60) fica atrás apenas de Serra Leoa (0,62). Informação disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u69318.shtml>.

<sup>95</sup> Da seguinte passagem de **História Constitucional do Brasil**, pode-se sugerir que, para Paulo Bonavides e Paes de Andrade, a resposta é afirmativa: “Com efeito, foi ela [a Constituinte de 1987] a primeira Constituinte brasileira que não se originou de uma ruptura anterior das instituições; esta, portanto, a primeira constatação que a mais superficial análise histórica de nosso passado prontamente descobre. Mas é constatação, sem dúvida, apenas aparente, porquanto (...) nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas (...) [que foi] indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituinte se propunha fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente.” In: **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 455.

<sup>96</sup> Ob. cit..

Portanto, ele acredita que a discussão e a decisão intersubjetivas constituem o procedimento mais confiável para ter acesso à verdade moral, contudo, não descarta a possibilidade de o mesmo resultado ser alcançado a partir de uma reflexão individual.

Sobre o problema da legitimidade democrática dos julgadores para declararem a invalidez de leis editadas por agentes políticos democraticamente eleitos, Nino afirma que, se os juízes não possuem legitimidade democrática, suas decisões não gozam de valor epistêmico.<sup>97</sup> Contudo, Nino reconhece que a democracia não deverá ser sempre considerada o último recurso na proteção de direitos individuais, pois há direitos que não poderão ser violados nem por decisões majoritárias. Por isso, segundo Nino, haveria três exceções à negativa do controle judicial de constitucionalidade:<sup>98</sup> 1) o necessário controle do procedimento democrático. Aqui, a preocupação é com quem irá assegurar as regras do processo democrático. Nino coloca que, nesse caso, os juízes atuariam como árbitros do processo democrático. A missão deste árbitro é velar pela satisfação das regras do procedimento democrático e das condições de discussão e de decisão democráticas; 2) a garantia do valor epistêmico da democracia. As leis deverão ser fundamentadas razoavelmente quanto à sua aplicabilidade e constitucionalidade, não podendo pautar-se em “critérios perfeccionistas”; e 3) preservar a prática constitucional, ou seja, a constituição histórica, pois a decisão democrática pode não afetar nenhum direito, mas a prática social, abalando, assim, a constituição histórica.

Embora os argumentos de Nino em defesa da democracia deliberativa sejam tentadores para um ideal paradigma de democracia, fato é que, nas palavras de Alain Touraine, não se quer apenas democracia de participação ou de deliberação; mas de *libertação*.<sup>99</sup> Em outras palavras, o controle de constitucionalidade afigura-se importante não só como garantia do procedimento, mas também como garantia de tutelas fundamentais que assegurem ao cidadão alcançar sua própria emancipação, como forma de libertação, pois de nada adianta ter os instrumentos jurídicos e constitucionais garantidos, e a vida econômica e social permanecer dominada pelas oligarquias.<sup>100</sup>

Demais disso, o Brasil passa por uma séria crise de representação política: as pessoas não se sentem mais representadas pelos eleitos, os quais parecem apenas buscar o poder.

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 269 e ss.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 273-282.

<sup>99</sup> TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 20.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 20.

Inúmeras denúncias de corrupção e abuso de poder tomam cada vez mais espaço na mídia, enfraquecendo a confiança nas instituições democráticas e nas decisões que delas advém, por serem suspeitas de protegerem interesses de pequenos grupos dominantes. Pois, ao acreditarmos que a lei é a mais fiel declaração do direito, decorrente de um debate racional no âmbito do Parlamento, podemos “nos surpreender com a descoberta de que o legislador, feito exatamente para proteger o cidadão, ele mesmo pode ser o veículo da opressão, ele mesmo pode ser o veículo da quebra dos direitos fundamentais, ele mesmo pode ser o violador da Constituição.”<sup>101</sup> Por isso é que negociações coletivas e liberdade de imprensa são avanços consideráveis da democracia.<sup>102</sup> Diálogos em situação de menor desigualdade possível são um caminho rumo à emancipação.<sup>103</sup>

Nesse contexto, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade no processo judicial poderá ter incrementada sua característica democrática, em razão da participação das partes no andamento do processo, e sua influência na decisão final do feito, na medida em que delimitam a lide, são ouvidas e produzem provas.<sup>104</sup> Desse modo, esse procedimento pode ser considerado mais democrático que o trabalho dos legisladores, o qual se mostra, muitas vezes, “longínquo e inacessível” à grande maioria da população, produzindo resultados que serão recebidos diretamente pelos cidadãos, restando a estes confiar nas decisões proferidas por seus representantes.<sup>105</sup>

#### **CONCLUSÃO. ENTRE ATIVISMO E AUTO-CONTENÇÃO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIANTE DA – NECESSÁRIA – EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

---

<sup>101</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 53.

<sup>102</sup> Exemplo disso foi a recente audiência pública realizada pelo STF, em 20.04.2007, para discutir dispositivos correlatos à Lei de Biossegurança. Não obstante a iniciativa democrática do Tribunal, a primeira audiência pública da história do STF foi convocada apenas em 01.10.2004, após 194 anos de existência do Tribunal, para discutir a legalidade do aborto de feto anencéfalo. Fontes: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229606&tip=UN&param=> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u100200.shtml>.

<sup>103</sup> TOURAINÉ, ob. cit., p. 22.

<sup>104</sup> Cf. CAPPELLETTI, **Juízes...**, p. 100-106.

<sup>105</sup> *Ibidem, idem.*

Conforme dito alhures, a própria atividade legislativa (e, do mesmo modo, a administrativa), pode ser o veículo das maiores violações à Constituição e aos direitos fundamentais. A preocupação com tal violação encontra fundamento na necessidade de uma sociedade proteger não apenas um documento histórico, legítimo e soberano que controla o poder do Estado, mas também na necessidade de proteger as normas desse mesmo documento e que têm como fim o alcance da igualdade de direitos e da pluralidade de valores entre todos os cidadãos.

Por isso, a jurisdição constitucional, na condição de guardiã desse documento histórico, legítimo e soberano, para além da defesa da unidade e coerência da ordem jurídica será também responsável pela proteção dos direitos fundamentais. Pois cada estrada em condições precárias, cada criança fora da escola, cada idoso sem assistência, cada jovem sem trabalho, e cada cidadão sem saúde de qualidade são uma agressão aos direitos fundamentais dessas pessoas (e, paralelamente, uma violação da Constituição). Direitos estes que estão lá, garantidos por toda nossa Constituição – seja enquanto direitos de liberdade ou prestacionais – como “direito de todos e dever do Estado.”

E é nesse ponto que cresce a importância da jurisdição constitucional no direito constitucional brasileiro. No contexto de um direito constitucional que, nas palavras de Bobbio, tem uma história de promessas não cumpridas.<sup>106</sup>

Porém, até que limite poderá atuar essa jurisdição constitucional? Até que ponto ela poderá *dizer o direito, dizer o que quer dizer a Constituição*, a pretexto de garantir a sua efetividade? É aqui que existe uma verdadeira neblina, uma neblina prática e teórica.

Mas é possível dissipar essa neblina, por meio da singela amostra de instrumental teórico que oferecemos no presente artigo. Pois, por um lado, é imperioso, é urgente concretizar o sonho constituinte de 1987, o sonho de uma sociedade livre, justa e solidária; livre porque seus sujeitos são autônomos, justa porque a todos são oferecidas iguais oportunidades de alcançar essa autonomia, os seus direitos, e solidária porque preocupada, coletiva e intersubjetivamente, com o próprio progresso.

E, nesse ponto, sim, é fundamental a participação dos cidadãos no debate público sobre os assuntos que sejam de seu interesse. As pessoas devem buscar agir discursivamente

---

<sup>106</sup> Em seu **Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Nesse sentido, também CARVALHO NETTO, Menelick de, ob. cit.

em prol da melhoria de sua própria sociedade.<sup>107</sup> Contudo, não é possível esperar essa consciência cívica de sujeitos que lutam diariamente não para viver, mas para sobreviver, num país tão desigual como o nosso.

Desse modo, é importante o papel da jurisdição constitucional enquanto protetora dos direitos fundamentais, através do controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos. Contudo, igualmente importante é a argumentação, a racionalidade dessas decisões. Isto é, a fundamentação oferecida pelos juízes deverá lograr demonstrar que o teor de suas decisões não resulta de “capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’”.<sup>108</sup>

Não se pode, pois, ignorar a necessária efetividade dos direitos fundamentais, mas igualmente não se pode ignorar o sistema de freios e contrapesos dos três poderes, e a legitimidade de cada um deles no exercício de suas atribuições. É preciso superar o decisionismo judicial, por um lado; mas, por outro, é preciso “produzir uma espécie de operador jurídico responsável pela sua obra hermenêutica.”<sup>109</sup>

Portanto, não se trata de ter uma visão meramente *ativista* ou *contida* da jurisdição constitucional, pois a democracia deve ser garante dos *direitos fundamentais*, e não da maioria, simplesmente.<sup>110</sup> Conforme ensina Ferrajoli, a legitimidade não está no consenso, mas “em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos quanto às liberdades fundamentais e os direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente frente às leis e aos atos do governo expressados pelas maiorias contingentes.”<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Um exemplo de como Dworkin visualiza esse compromisso dos membros para com a sua comunidade é a sua análise da postura de Anita Hill, funcionária pública norte-americana vítima de assédio sexual por parte do candidato a juiz da Suprema Corte Clarence Thomas, quando a funcionária foi a público oferecer suas declarações a respeito do caso de abuso, à época em que o juiz Thomas estava sendo submetido à sabatina do Congresso para verificação de sua idoneidade para a ocupação do cargo na alta Corte. A respeito dessa atitude de Anita, Dworkin acredita que ela agiu em acordo com o que uma comunidade política espera a partir da concepção de integridade. O autor coloca que Anita, quando foi a público dizer que não poderia ser admissível que um homem que abusou de seu poder e sentiu prazer com o sofrimento alheio participasse de um tribunal em que os juízes devem se valer das suas convicções mais pessoais para fazer valer os direitos dos americanos, estava agindo não em prol de seus próprios interesses ou dos interesses de sua raça, mas sim por “fidelidade à humanidade e aos ideais do direito”. DWORKIN, R. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 528.

<sup>108</sup> CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 96-98.

<sup>109</sup> Cf. CLÈVE, **Controle de Constitucionalidade...**, p. 57.

<sup>110</sup> Cf. Ferrajoli, **Derechos y garantías**. La ley del más débil. *Apud*, SANCHÍS, p. 157.

Assim, fica a pergunta: o nosso judiciário deverá ser ativista ou não? Eis, aqui, a zona nebulosa. Uma resposta possível é que ele poderá ser ativista quando demandado a garantir o mínimo *existencial* (e não meramente *vital*), pois só a satisfação desse mínimo permite a participação dos sujeitos no procedimento. Outra resposta é que poderá, por outro lado, não ser ativista quando a situação assim permitir, quer dizer, em circunstâncias nas quais se puder identificar que a fiscalização deve incidir apenas sobre o procedimento; ou, ainda, nos casos em que, aclarados e discutidos nos autos todos os dados possíveis ensejadores da inefetividade de um direito fundamental, decidir-se, ao final, que não houve, pelo poder constituído, a violação da norma de direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos de Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

---

<sup>111</sup> FERRAJOLI, *Pasado y Futuro ...*, p. 28.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituzioni del nuovo processo civile italiano**. Roma: Soc. Ed. del Folo italiano, 1942.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. São Paulo: JM Editora, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. Controle de Constitucionalidade e Democracia. *In: Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441)>, acesso em 25/08/06.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005.

JAY, J.; HAMILTON, A. *et all.* **Le Fédéraliste**. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 648-649.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, em seu **Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil**. *In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. *In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RECK, Melina Breckenfeld. **Constitucionalização Superveniente?** Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível em [www.sbdp.com.br](http://www.sbdp.com.br).